

Tilburg University

De maatschappelijke onderneming, panacee voor goed onderwijsbestuur?

Zoontjens, P.J.J.; Noorlander, C.W.

Published in:
Goed onderwijsbestuur

Publication date:
2010

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zoontjens, P. J. J., & Noorlander, C. W. (2010). De maatschappelijke onderneming, panacee voor goed onderwijsbestuur? In C. W. Noorlander, & F. J. G. Janssens (Eds.), *Goed onderwijsbestuur: Opstellen over een nieuwe besturingsfilosofie van het onderwijs* (pp. 111-138). Boom Lemma uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De maatschappelijke onderneming, panacee voor goed onderwijsbestuur?

Niels Noorlander en Paul Zoontjens

1. Inleiding

De afgelopen decennia is de semipublieke sector aan grote veranderingen onderhevig geweest. Zo was er sprake van schaalvergroting, versterking van kwaliteitseisen aan dienstverlening, professionalisering van bestuur en management, een meer en meer terugtrekkende overheid en de discussie en initiatieven rond governance.¹

Vooraf vanuit sociaalwetenschappelijke hoek werd maatschappelijk ondernemerschap als hét antwoord gezien op deze ontwikkelingen, maar werd het begrip maatschappelijk ondernemen niet altijd even helder gedefinieerd. Regelmatig bleef men steken in het benoemen van de associaties die het begrip oproept casu quo met het begrip verbonden zouden zijn. Het begrip heeft onzes inziens aan scherpte gewonnen sinds diverse personen, instanties en gremia het noodzakelijk achtten om het rechtspersonenrecht op genoemde ontwikkelingen af te stemmen. Er zou een juridische regeling moeten komen van de maatschappelijke onderneming als zelfstandige vorm van rechtspersoonlijkheid.

Op 3 juli 2009 is de regering met de indiening van het wetsvoorstel, dat strekt tot invoering in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van een maatschappelijke onderneming, aan deze roep tegemoetgekomen.² In deze voorgestelde regeling kan men verschillende kenmerken terugvinden van goed onderwijsbestuur. In onderhavige bundel mag een beschouwing over de betekenis van

111

¹ Zie ook § 2 van de bijdrage van Minderman aan deze bundel.

² *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 1. Het wetsvoorstel wordt hieronder in § 3.1 inhoudelijk besproken.

de beoogde wettelijke regeling van de maatschappelijke onderneming voor het onderwijs dan ook niet ontbreken.³

In § 2 wordt stilgestaan bij bijdragen van diverse gezaghebbende instanties aan de gedachtevorming over de maatschappelijke onderneming. Vervolgens wordt in § 3 nader ingegaan op het bovengenoemde wetsvoorstel. De maatschappelijke onderneming in het onderwijs kan niet los worden gezien van ontwikkelingen rond goed onderwijs. § 4 analyseert aspecten van goed onderwijsbestuur die in dit kader van belang zijn. Het nut en de meerwaarde van de maatschappelijke onderneming staat zeker nog niet vast. § 5 gaat in op de vraag of binnen het onderwijs bij de vormgeving van het bevoegd gezag, intern toezicht en verantwoording aan de maatschappelijke omgeving van de instelling (waaronder medezeggenschap) de voorkeur moet worden gegeven aan de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming of dat ‘eigen arrangementen’ binnen het onderwijs geschikter zijn.

2. Achtergrondadviezen

112

De term maatschappelijke onderneming wordt in Nederland gebruikt vanaf het begin van de jaren 90. Het verwijst, zoals in de inleiding naar voren kwam, naar een nieuwe oriëntatie op non-profitorganisaties die maatschappelijke belangen dienen te behartigen via het aanbieden van goederen en/of diensten.⁴ Het voert binnen dit bestek te ver om hier alle publicaties over de maatschappelijke onderneming weer te geven. Om deze reden volstaan wij met enkele belangrijke recente rapporten op dit terrein.

WRR

In 2004 brengt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) het rapport *Bewijzen van goede dienstverlening*⁵ uit. In dit rapport worden de problemen rond de kwaliteit, doelmatigheid en professionaliteit in de sectoren

3 Deze bijdrage is complementair aan de bijdrage van Minderman aan deze bundel. Waar bij Minderman het accent ligt op de bestuurskundige aspecten van de maatschappelijke onderneming staat in deze bijdrage de juridische optiek centraal. Zowel de bijdrage van Minderman als onze bijdrage richt zich op de betekenis van de maatschappelijke onderneming voor het onderwijs.

4 G. de Kam, *Social enterprise in the Dutch property market*, (oratie Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: 2005, p. 1.

5 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Bewijzen van goede dienstverlening*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2004.

welzijn, volkshuisvesting, gezondheidszorg, arbeidsvoorziening en onderwijs geanalyseerd.

Naar het oordeel van de WRR is de maatschappelijke dienstverlening gebaat bij een systeem van *checks and balances*. Zo'n systeem geeft een krachtige impuls aan het verbeteren en vernieuwen van de maatschappelijke dienstverlening. Het brengt tevens correctiemechanismen in stelling indien kwaliteit, doelmatigheid en/of toegankelijkheid niet aan de maat zijn. Die *checks and balances* worden niet alleen via de hiërarchische lijn georganiseerd, maar vooral ook via de inbreng en invloed van verschillende belanghebbenden. Overheidsregulering en zelfregulering (en waar van toepassing: marktregulering) vullen elkaar in een dergelijk systeem aan. Er wordt een appel gedaan op de beroepstrots, de inspiratie, het engagement van professionals en organisaties, op het kritische beoordelingsvermogen en de actieve opstelling van cliënten en op een actieve en betrouwbare overheid die stimuleert waar mogelijk en intervenueert waar nodig. Dat laatste is net zo belangrijk als de toetsbare opstelling van de dienstverleners.⁶

Voorts bepleit de WRR een effectieve verhouding tussen de verschillende soorten tegenspelers en instellingen. Hierbij gaat het in de eerste plaats om de cliënten. Volgens de WRR zou het goed zijn als vormen waarin inspraak en medezeggenschap thans geregeld is worden losgelaten en organisaties worden verplicht tot dialoog met en tot het gelegenheid geven van het uitoefenen van invloed door cliënten en andere belanghebbenden.⁷ Er moet intern toezicht in de vorm van een Raad van Toezicht wettelijk worden verankerd, volgens de WRR. Deze zou toezicht moeten houden op het bestuur en het functioneren van de organisatie. Voorts zou er meer aandacht moeten komen voor de rol, de professionaliteit, de benodigde competenties en vaardigheden van de leden van de Raad van Toezicht. De rol van de interne toezichthouder zou een verplichtend karakter moeten krijgen.⁸

SER

In dezelfde lijn ligt het rapport⁹ van de Sociaal Economische Raad (SER). Volgens de SER zou de dienstverlening in de semipublieke sector verbeterd kunnen worden wanneer ondernemerschap wordt versterkt. Het zou volgens de SER steeds moeten gaan om een bij de gekozen rechtsvorm en bij de aard

⁶ WRR 2004, p. 231.

⁷ WRR 2004, p. 240.

⁸ WRR 2004, p. 244.

⁹ Sociaal Economische Raad, *Ondernemerschap voor de publieke zaak*. Den Haag: 2005.

van het betreffende publiek belang passende combinatie van intern toezicht, horizontale verantwoording en verticale verantwoording van overheidswege.¹⁰ Naarmate de horizontale verantwoording en de daarmee gepaard gaande maatschappelijke inbedding beter zijn geregeld, kan de verticale controle van overheidswege selectiever worden ingezet. De overheidscontrole kan zich dan bijvoorbeeld meer concentreren op de hoofdlijnen van het beleid en het bewaken van de kwaliteit waarmee de interne controle en de horizontale verantwoording van doen hebben. Uitgangspunt is dat horizontaal en verticaal toezicht samen met de interne controle één sluitend geheel vormen.¹¹ Alle instellingen met een taak op het terrein van publieke dienstverlening zouden naar zijn oordeel een Raad van Toezicht moeten invoeren met een controlerende taak jegens het door het bestuur gevoerde beleid. De SER ziet de bevordering van dit proces in beginsel als een verantwoordelijkheid op brancheniveau.¹²

Wetenschappelijk instituut CDA

Het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA publiceert vervolgens in 2005 een verkenning naar het onderwerp van de maatschappelijke onderneming.¹³ Het rechtspersonenrechtelijk deel van het rapport is ontleend aan een wetenschappelijke publicatie.¹⁴ In de verkenning wordt een maatschappelijke onderneming opgevat als:

- a) een onderneming;
- b) die is vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon;
- c) die een maatschappelijk doel nastreeft dat vervlochten is met (ofwel deels parallel loopt met) het algemeen belang;
- d) die goederen en diensten voorbrengt; en
- e) waarvan het financiële overschot of de winst niet wordt uitgekeerd, maar geheel wordt aangewend voor het realiseren van het maatschappelijke doel dat de onderneming nastreeft.¹⁵

¹⁰ SER 2005, p. 156.

¹¹ SER 2005, p. 163.

¹² SER 2005, p. 163-164.

¹³ Wetenschappelijk instituut voor het CDA, *Investeren in de samenleving. Een verkenning naar de missie en de positie van de maatschappelijke onderneming*. Den Haag: 2005.

¹⁴ H.J. de Ru, J.L. Burggraaf, L.A.J. Spaans, *De maatschappelijke onderneming*. Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2005.

¹⁵ CDA 2005, p. 20.

Een van de hoofdconclusies van de verkenning is dat de maatschappelijke onderneming een plaats verdient in het Burgerlijk Wetboek.¹⁶

Commissie Wijffels

In 2006 verschijnt het rapport van de Commissie Wijffels.¹⁷ Het rapport is geschreven in het kader van het programma *Bruikbare rechtsorde* en is een advies, uitgebracht aan de minister van Justitie. In het rapport doet de projectgroep onderzoek naar de mogelijkheden van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk. Het rapport plaatst de beoogde rechtsvorm binnen de context van een aantal maatschappelijke ontwikkelingen. Het bestaande rechtspersonenrecht zou met deze ontwikkelingen onvoldoende tred houden. Zo wijst het rapport op schaalvergroting, financiële groei en hoge eisen van kwaliteit van dienstverlening binnen de semipublieke sector. Deze ontwikkelingen zouden hebben geleid tot professionalisering van management en bestuur. De professionalisering van de instellingen zou hebben geleid tot het ter discussie stellen van de verhouding tussen overheid en dienstverleners. Door meer verantwoordelijkheid te leggen bij instellingen die publieke diensten verlenen, wordt ruimte voor terugtred door de overheid geschapen. Hierbij doemen voor de semipublieke sector een aantal gemeenschappelijke vragen op, zoals op welke wijze aan de vereisten van intern toezicht en horizontale verantwoording invulling kan worden gegeven.¹⁸ De bedoeling van het rapport is de mogelijkheden te verkennen om met behulp van de ontwikkeling van een juridisch instrument:

- de ruimte voor maatschappelijk ondernemen te vergroten;
- de professionalisering in de semipublieke sector te ondersteunen met rechtspersonenrechtelijke voorzieningen;
- de ontwikkelingen van governance in de verschillende sectoren met juridisch instrumentarium te ondersteunen;
- en tegemoet te komen aan de in deze sectoren levende wensen met betrekking tot de privaatrechtelijke inrichting van de daar opererende rechtspersonen.

¹⁶ CDA 2005, p. 90.

¹⁷ Commissie Wijffels, *Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming*, Rapport in opdracht van het ministerie van Justitie. Den Haag: 2006, p. 26.

¹⁸ Commissie Wijffels 2006, p. 8-10.

Het rapport beziet vervolgens welke onderwerpen van belang zijn bij een generieke regeling van de maatschappelijke onderneming. Hierbij noemt het onder meer het van toepassing zijn van algemene rechtspersonenrechtelijke aspecten, functiescheiding tussen bestuur en Raad van Toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, het enquêterecht en geschillenbeslechting. Vervolgens noemt het rapport een tweetal mogelijkheden waarmee kan worden bewerkstelligd dat de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk voldoet aan de gemeenschappelijke kenmerken: (1) certificering van instellingen die serieus werk willen maken van intern toezicht en externe belangenvertegenwoordiging. Dit certificaat dient als een keurmerk om vertrouwen te wekken bij gebruikers en eventueel bij de overheid; (2) het maken van beleidsafspraken, waarbij een aantal gemeenschappelijke eisen worden gesteld waaraan alle maatschappelijke ondernemingen zonder winstoogmerk moeten voldoen. Het is mogelijk dit voor alle sectoren gemeenschappelijk te doen, of per sector, zoals thans gebeurt. Vervolgens wordt voor de regeling van de maatschappelijke onderneming een drietal varianten voorgesteld:

- In het BW zou kunnen worden bepaald, dat een bestaande rechtsvorm die aan bepaalde kenmerken voldoet wordt gekwalificeerd als een maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk;
- Een andere mogelijkheid is om voor de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk een aparte rechtsvorm te scheppen, waarin alle kenmerken van de maatschappelijke onderneming zijn geregeld;
- Een laatste mogelijkheid is dat in een afzonderlijke wet een beperkte regeling van de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk wordt opgenomen, als aparte rechtsvorm of als modaliteit van de stichting, waarin de basiskenmerken van de maatschappelijke onderneming, zoals die bij alle sectoren herkenbaar zijn, worden vastgelegd.¹⁹

De voorstellen van de projectgroep zijn bedoeld om tegemoet te komen aan zowel de verschillen als de overeenkomsten tussen de verschillende sectoren, om recht te doen aan de wens tot professionalisering, om te voorkomen dat deze tot een zee van nieuwe publiekrechtelijke regels leidt en om recht te doen aan de wensen die in de verschillende sectoren leven. De maatschappelijke onderneming heeft een achttal kenmerken. Zo dient deze rechtsvorm volgens de projectgroep op basis van de wet een bestuur, een Raad van Toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging te hebben. Daarnaast moet de Raad van

¹⁹ Commissie Wijffels 2006, p. 27-33.

Toezicht belangrijke besluiten van het bestuur goedkeuren. In de statuten is voorzien in een geschillenregeling over beleidskwesties. Ten slotte dient aan de belanghebbenden vertegenwoordiging een enquêterecht te worden toegekend.²⁰

Onderwijsraad

Naar aanleiding van het rapport van de Commissie Wijffels presenteert de minister van Justitie in juli 2007 een 'proeve' van een wetsvoorstel. De minister van Justitie legt vervolgens deze proeve, vergezeld van tien vragen, voor aan vertegenwoordigers van sectoren waarin de rechtsvorm door de daarin werkzame instellingen kan worden gebruikt, waaronder de Onderwijsraad. Het advies van de Onderwijsraad ziet in oktober 2007 het licht.²¹

De Onderwijsraad neemt voor wat betreft de bestuurlijke inrichting van onderwijsinstellingen drie zaken als uitgangspunt. In de eerste plaats vrijheid van inrichting van de rechtspersoon in het bijzonder onderwijs (met name voor het funderend onderwijs), waaruit voortvloeit dat in principe volstaan kan worden met enkel de vastlegging van de grondprincipes voor degelijk onderwijsbestuur, zoals functiescheiding tussen bestuur en toezicht. In de tweede plaats variëteit aan bestuursvormen voor het (funderend) onderwijs en ruimte voor nieuwe bestuursvormen zoals de vereniging voor het openbaar onderwijs, de (leraren)coöperatie of de onderwijsmaatschap. Ten derde een zodanige regeling van degelijk onderwijsbestuur, dat er geen verzwaring van de bestuurslast plaatsvindt.²² Op basis van het bovenstaande is er volgens de raad geen reden om één rechtsvorm, de maatschappelijke onderneming, dwingend aan het onderwijsveld op te leggen. De raad acht een regeling van de rechtsvorm maatschappelijke onderneming in het onderwijs dan ook alleen zinvol om daarmee de variëteit te vergroten, niet om deze in te perken. Het opleggen van één model, dat van de maatschappelijke onderneming, zou volgens de raad dan ook in strijd zijn met de vrijheid van inrichting.

Of er grote behoefte zal bestaan aan deze rechtsfiguur zal volgens de Onderwijsraad voornamelijk afhangen van de vraag of instellingen een meerwaarde van de bestaande bestuursvormen zoals de vereniging of stichting ervaren. De maatschappelijke onderneming lijkt vooral bedoeld om het vermeende ondemocratische karakter van de stichtingsfiguur te compenseren door inrich-

²⁰ Commissie Wijffels 2006, p. 34.

²¹ Onderwijsraad, *De maatschappelijke onderneming als rechtsvorm in het onderwijs*. Den Haag: 2007.

²² Onderwijsraad 2007, p. 14.

ting van organen naast het bestuur, zoals een belangenvertegenwoordiging. Voor wat betreft het bekostigd onderwijs wijst de raad erop dat democratische ‘tekortkomingen’ al in belangrijke mate worden gecompenseerd door de Wet Medezeggenschap Scholen, die zowel het personeel als de ouders en leerlingen stem geeft in de besluiten die hen direct aangaan.

Maar ook op andere punten twijfelt de Onderwijsraad aan het nut van de maatschappelijke onderneming. Zo zouden principes van goed bestuur of horizontale verantwoording het beste in de sectorale onderwijswet geregeld kunnen worden. Een vastlegging van governance-principes in de onderwijswetten zou tegemoetkomen aan de duale structuur van het onderwijsstelsel. De figuur van de maatschappelijke onderneming, zoals in de proeve voorgesteld, is een sterk gejuridiseerd model. Belanghebbenden, besturen en Raden van Toezicht moeten worden ‘gepositioneerd’, krijgen bevoegdheden, kunnen enquête-procedures aanspannen, enzovoort. Verzwaring van de bestuurslast en herregulering is daarmee volgens de raad verre van denkbeeldig.²³

De Onderwijsraad pleit in lijn met eerdere adviezen van zijn hand voor een ander, meer coöperatief model dat uitgaat van wederkerigheid in betrekkingen. Binnen een onderwijsgemeenschap hebben alle partijen in belangrijke mate parallelle belangen. Het gaat er volgens de raad om de uiteenlopende posities samen te doen komen in een onderwijsgemeenschap waarin allen willen bijdragen aan het leren en de vorming van de leerlingen.²⁴ De vragen die het model oproept bieden volgens de raad geen zekerheid voor partijen over hun onderlinge verhoudingen. Die onzekerheid maakt van de maatschappelijke onderneming volgens de raad geen doelmatig model.²⁵

3. Het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming

3.1 Algemeen

Op 3 juli 2009 dient de regering het wetsvoorstel *Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming* in.²⁶ Het wetsvoorstel was al aangekondigd in het coalitieakkoord.²⁷ Op dit wetsvoorstel wordt nu nader ingegaan.

²³ Onderwijsraad 2007, p. 25.

²⁴ Onderwijsraad 2007, p. 25.

²⁵ Onderwijsraad 2007, p. 26.

²⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 1.

²⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4, p. 29 en 33.

3.2 Doelstelling van het wetsvoorstel

De doelstelling van het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming wordt in de Memorie van Toelichting helder onder woorden gebracht:

*‘Om recht te doen zowel aan de veranderde positie van de maatschappelijke instellingen in de samenleving, als aan de wens om garanties te bieden voor hun functioneren in het rechtsverkeer en het economisch verkeer, wil dit wetsvoorstel een privaatrechtelijk instrument bieden voor de ordening van de instellingen en organisaties en hun organen.’*²⁸

Het privaatrechtelijke karakter van het instrument is hierbij van groot van belang. De Memorie van Toelichting zegt hierover:

*‘Door de structuur van de ondernemingen in het privaatrecht te verankeren wordt (...) deze echter een instrument in de handen van de instellingen zelf, in plaats van een instrument in handen van de overheid.’*²⁹

Het is dan ook de bedoeling dat de privaatrechtelijke regels betreffende de maatschappelijke onderneming tussen de betrokkenen bij de instelling en voor de instelling werken. Deze regels kunnen zonodig privaatrechtelijk worden gehandhaafd. Een en ander betekent niet – zo wordt in de Memorie van Toelichting terecht opgemerkt – dat de overheid geen zeggenschap meer toekomt. De overheid draagt voor de uitvoering van taken door maatschappelijke ondernemingen verantwoordelijkheid. Hierbij is vooral het borgen van de kwaliteit van deze taakvervulling van groot belang. Kwaliteitseisen ten aanzien van de taakvervulling van maatschappelijke ondernemingen worden veelal via het publiekrecht gesteld.³⁰

Kenmerkend voor de rechtsvorm van de vereniging of stichting die een maatschappelijke onderneming in stand houdt is volgens de Memorie van Toelichting het volgende:

1. Zij wordt opgericht met het doel maatschappelijke diensten te verrichten;
2. Het bestuur bestuurt;
3. Het bestuur legt zowel verticaal jegens de overheid (zoals voorgeschreven in de sectorwetgeving) als horizontaal jegens de belanghebbendenverte-

²⁸ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5.

²⁹ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5.

³⁰ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5-6.

genwoordiging en de maatschappij (in het jaarverslag) verantwoording af over het door hem gevoerde beleid;

4. Naast het bestuur is er een Raad van Toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging; in geval van een vereniging is er ook een algemene ledenvergadering en de houders van winstbewijzen vormen ook een algemene vergadering met beperkte bevoegdheden;
5. Het bestuur heeft de mogelijkheid winstbewijzen uit te geven (tenzij dit bij wet is uitgesloten), onder de verplichting tot het veilig stellen van publieke gelden.³¹

3.3 Het bestuur

Het voorgestelde nieuwe artikel 2:307a BW regelt de positie van het bestuur. Artikel 2:307a, eerste lid, bepaalt dat de benoeming van bestuurders voor de eerste maal geschiedt bij de akte van oprichting. Opvolgende bestuurders dienen door de Raad van Toezicht te worden benoemd. Ingevolge artikel 2:307a, tweede lid, geschiedt de benoeming van bestuurders met inachtneming van een profielschets. Deze profielschets dient beschikbaar te worden gesteld aan de belanghebbendenvertegenwoordiging.³²

Op grond van artikel 2:307, vierde lid, BW (nieuw) kan iedere bestuurder te allen tijde worden geschorst en ontslagen door de Raad van Toezicht. De rechtspersoon kan niet zonder bestuur functioneren. Het vijfde lid bevat daarom de verplichting in de statuten in een regeling te voorzien bij ontstentenis of belet van bestuurders. De bevoegdheden van het bestuur vinden hun grenzen in de wet en in de statutaire doelstelling van de maatschappelijke onderneming. Zo opent artikel 2:307b, eerste lid, BW (nieuw) de mogelijkheid dat besluiten van het bestuur bij of krachtens de statuten kunnen worden onderworpen aan de goedkeuring van de Raad van Toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene ledenvergadering en de algemene vergadering van winstbewijshouders, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit.

Volgens artikel 2:307b, tweede lid, BW (nieuw) dienen te statuten te voorzien in een regeling voor geschillen over besluiten van of goedkeuring van besluiten door het bestuur, de Raad van Toezicht, de belanghebbendenvertegenwoordiging, de algemene ledenvergadering en de algemene vergadering van winstbewijshouders. Een dergelijke regeling kan bijvoorbeeld nodig zijn als het bestuur een besluit heeft genomen dat niet in overeenstemming is met het

³¹ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5-9.*

³² Bij de stichting wordt de profielschets door het bestuur vastgesteld. Bij een vereniging wordt de profielschets op voorstel van het bestuur vastgesteld door de algemene ledenvergadering.

advies van de belangenvertegenwoordiging of als feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij aan de belangenvertegenwoordiging bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van het advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.

3.4 Raad van Toezicht

De Raad van Toezicht kent een tamelijk gedetailleerde regeling. Op grond van artikel 2:307c BW (nieuw) heeft de rechtspersoon (naast een bestuur) een Raad van Toezicht. De raad bestaat uit ten minste drie commissarissen. Deze commissarissen kunnen alleen natuurlijke personen zijn. Volgens het derde lid dienen de leden van de Raad van Toezicht in staat te zijn onafhankelijk en kritisch te opereren. Een commissaris mag geen persoonlijk belang in de vereniging of de stichting of de maatschappelijke onderneming zelf hebben. De benoeming van commissarissen geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting. Opvolgende commissarissen worden benoemd door de Raad van Toezicht, met inachtneming van de profielschets die ingevolge het vierde lid door de Raad van Toezicht wordt opgesteld voor zijn omvang en samenstelling, rekening houdend met de aard van de vereniging of stichting, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid van de commissarissen. Deze regeling van de benoeming van de leden van de Raad van Toezicht tracht een waarborg te zijn voor de onafhankelijkheid van de raad.

Artikel 2:307e BW (nieuw) regelt de algemene taakstelling van de raad van toezicht. De raad heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vereniging of stichting en de door haar in stand gehouden onderneming. Hierbij wordt indien van toepassing tevens toezicht gehouden op de naleving door het bestuur van de gedragscode die wordt vermeld in artikel 2:307j BW (nieuw).

Volgens de laatste volzin van artikel 2:307e van het wetsvoorstel, dienen de commissarissen hun taak te richten naar het belang van de vereniging of stichting en de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden. De raad heeft volgens de Memorie van Toelichting niet de taak zich te richten op de behartiging van publieke belangen die de overheid zich stelt. Deze moeten een publiekrechtelijke grondslag hebben en langs publiekrechtelijk worden verzekerd.³³

Opvallend is dat de Raad van Toezicht ook de belangen van de bij de maatschappelijke onderneming betrokken belanghebbenden in ogenschouw

³³ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 26.

dient te nemen. Hiermee wordt een verbinding tot stand gebracht tussen het interne toezicht binnen de maatschappelijke onderneming en de horizontale verantwoording naar de omgeving. Deze verbinding is opvallend omdat de maatschappelijke onderneming reeds een orgaan kent dat belangen behartigt van de belanghebbenden. De memorie van toelichting maakt duidelijk wat de onderlinge verhouding is tussen het maatschappelijk belang en de belangen van de betrokken belanghebbenden. In het wetsvoorstel wordt niet gesuggereerd dat er een onderscheid zou bestaan tussen het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden, maar de belangen van de afzonderlijke belanghebbenden vormen slechts een onderdeel van het overkoepelend maatschappelijk belang.³⁴

Artikel 2:307f, eerste lid van het wetsvoorstel bepaalt dat het bestuur de Raad van Toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taak benodigde gegevens moet verschaffen. Als het bestuur hieraan geen gevolg geeft, zou dat er in een geschillenbeslechtsings- of enquêteprocedure toe kunnen leiden dat het handelen van het bestuur als onzorgvuldig wordt gekwalificeerd. Het tweede lid geeft aan dat het bestuur ten minste een keer per jaar de Raad van Toezicht schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het controlesysteem van de rechtspersoon. In artikel 2:307g BW (nieuw) wordt een lijst met algemene besluiten genoemd die in elk geval onderworpen zijn aan de goedkeuring van de Raad van Toezicht. In een aantal artikelen staan nog bijzondere besluiten van het bestuur waarbij de Raad van Toezicht betrokken is. Het ontbreken van de goedkeuring van de Raad van Toezicht op besluiten van het bestuur tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan. De goedkeuring heeft dus louter interne werking.

3.5 De belanghebbendenvertegenwoordiging

De memorie van toelichting wijst er terecht op dat de maatschappelijke ondernemingen uit de diverse maatschappelijke sectoren zeer verschillen in de wijze waarop zij zich verhouden tot de afnemers van hun diensten en andere belanghebbenden. Hierbij spelen de aard, de intensiteit en de duur van de relatie met de onderneming een belangrijke rol. Zo hebben leerlingen en ouders vaak een langdurige relatie met scholen, terwijl patiënten in de meeste gevallen maar een korte relatie met de instelling hebben. Er bestaat dus geen homogeniteit

³⁴ Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 23.

in deze belangen.³⁵ Het is volgens de Memorie van Toelichting om deze reden noodzakelijk dat er ruimte voor verschil wordt gelaten. De omgeving van de verschillende categorieën maatschappelijke ondernemingen zijn zo divers, dat het niet goed mogelijk is daar in het Burgerlijk Wetboek nadere regels voor te geven.³⁶ Ondanks dit geeft het wetsvoorstel toch een vrij nauwkeurige regeling van de belanghebbendenvertegenwoordiging.

Op grond van artikel 2:307h, eerste lid, BW (nieuw) kent de rechtspersoon een belanghebbendenvertegenwoordiging. Deze dient representatief te zijn voor de bij de onderneming betrokken belanghebbenden. De statuten of de gedragscode moeten op basis van het derde lid bepalen wie dit zijn. De belanghebbendenvertegenwoordiging dient een reglement vast te stellen. Het tweede lid van artikel 2:307h BW (nieuw) bepaalt dat wanneer de rechtspersoon meer dan één onderneming in stand houdt de statuten kunnen bepalen dat elke onderneming een vertegenwoordiging heeft. De belanghebbendenvertegenwoordiging oefent dan haar rechten en bevoegdheden in dat geval ten aanzien van de desbetreffende onderneming uit, tenzij de statuten anders bepalen.

Het vierde lid is bedoeld als een correctie op de aanwijzing van belanghebbenden door de rechtspersoon. Als belanghebbenden van mening zijn dat zij in de statuten van de rechtspersoon als zodanig dienen te worden aangewezen kunnen zij bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam een verzoek indienen tot statutenwijziging. Zij kunnen ook naar de Ondernemingskamer, als zij menen ten onrechte niet te zijn betrokken bij het overleg met de rechtspersoon zoals dat voortvloeit uit de van toepassing zijnde gedragscode. Zij kunnen dan een verzoek indienen de rechtspersoon te bevelen hen te betrekken bij het overleg. De Ondernemingskamer wijst het verzoek toe indien hij van oordeel is dat de verzoekers met het oog op het in de statuten omschreven belang zodanig direct belang hebben bij het bepalen van het strategisch beleid van de rechtspersoon, dat zij vertegenwoordigd dienen te zijn in de belanghebbendenvertegenwoordiging van de rechtspersoon.³⁷

Van groot belang is het vijfde lid. Dit lid regelt de verhouding tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en de binnen de diverse sectoren reeds bestaande medezeggenschapsstructuren. Het lid bepaalt dat de bepalingen over de belanghebbendenvertegenwoordiging de bevoegdheden van de bij de wet geregelde medezeggenschapsraden en andere bij de wet geregelde vormen

³⁵ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 7.*

³⁶ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 26.*

³⁷ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 5.*

van overleg met belanghebbenden onverlet laat. De statuten kunnen bepalen dat medezeggenschapsraden en de belanghebbenden deel uitmaken van de belanghebbendenvertegenwoordiging, en zij kunnen nadere bepalingen bevatten voor de relatie tussen enerzijds de belanghebbendenvertegenwoordiging en anderzijds de medezeggenschapsraden en de hiervoor bedoelde vormen van overleg met belanghebbenden. Voor zover bevoegdheden van de belanghebbendenvertegenwoordiging enerzijds en die van reeds bestaande raden anderzijds dezelfde zijn, kunnen deze tegelijkertijd, tezamen en op gelijke wijze worden uitgeoefend. De bedoeling is dat de belanghebbendenvertegenwoordiging op deze manier kan functioneren als een middel ter ordening van alle bestaande invloeden.³⁸

3.6 Gedragscode

Op grond van het wetsvoorstel kan op voordracht van de minister die het aangaat, een gedragscode worden aangewezen, onder verwijzing van de categorieën maatschappelijke ondernemingen waarop de gedragscode is gericht. Het streven hierbij is volgens de Memorie van Toelichting om de gedragscodes die nu reeds in de diverse sectoren zijn opgesteld en ook in de praktijk brede ingang hebben gevonden, in de desbetreffende sectorwetgeving verbindend te verklaren. Wanneer een gedragscode in strijd komt met de wettelijke regeling zoals die wordt voorgesteld in het wetsvoorstel, dienen de desbetreffende punten in overeenstemming met de wet te worden gebracht, zodra deze in werking treedt.³⁹ Volgens de Memorie van Toelichting hebben gedragscodes een centrale functie in de regeling voor de maatschappelijke organisatie.⁴⁰ In navolging van de wettelijke regeling van beursgenoteerde ondernemingen⁴¹ kan in de sectorwetgeving (in een wet of bij algemene maatregel van bestuur) een gedragscode van toepassing worden verklaard.

3.7 Winstbewijzen

De regeling van de maatschappelijke onderneming voorziet in een systeem van winstbewijzen. Het uitgangspunt van dit systeem is dat investeerders en beleggers in de maatschappelijke onderneming kapitaal kunnen inbrengen, anders dan door een lening. De beleggers en de investeerders verwerven een variabel rendement. De bemoeienis met de maatschappelijke onderneming is

³⁸ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 27.*

³⁹ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 29.*

⁴⁰ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 28.*

⁴¹ Zie voor beursgenoteerde ondernemingen: de Code Tabaksblat, *Stb.* 2004, 747.

volgens de Memorie van Toelichting vergelijkbaar met die van een belanghebbende, niet met die van een aandeelhouder van de onderneming.⁴² De winstbewijzen scheppen ook geen eigendomsverhouding tot de onderneming. De winstbewijshouder krijgt eerst en vooral recht op winstuitkering.⁴³

Op basis van artikel 2:307k, eerste lid, BW (nieuw) is het bestuur bevoegd te besluiten tot uitgifte van winstbewijzen, indien de statuten bepalen dat de onderneming winstbewijzen kan uitgeven. Bij het besluit tot uitgifte wordt vastgesteld hoeveel en op welke wijze op de winstbewijzen door de houder van de winstbewijzen dient te worden gestort. Het besluit tot uitgifte is onderworpen aan de goedkeuring van de Raad van Toezicht. Bij gebreke van deze goedkeuring is de uitgifte nietig. Op grond van artikel 2:307k, tweede lid, BW (nieuw) wordt het uitgeven van winstbewijzen geregeld in de statuten. De statuten bepalen welke rechten de houder van het desbetreffende winstbewijs heeft, op welke activiteiten het winstbewijs betrekking heeft en wat de uit te keren winst per winstbewijs is. Artikel 2:307l, eerste volzin, BW (nieuw) bepaalt dat een bepaling in de statuten omtrent de uitgifte van winstbewijzen die ertoe leidt dat middelen die door of vanwege de overheid zijn verkregen door de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, alsmede de vruchten van deze middelen, niet worden besteed voor het doel waarvoor zij zijn bestemd, nietig is.

4. Goed bestuur in het onderwijs

4.1 Educational governance – goed bestuur

Voor het eerst in een nota uit 2005⁴⁴ van voormalig minister van OCW Maria van der Hoeven wordt voor het onderwijs een besturingsfilosofie uitgewerkt, die aanvankelijk als ‘governance’ maar later met ‘goed bestuur’ wordt aangeduid. Het doel van goed bestuur is te komen tot heldere, moderne bestuurlijke verhoudingen, zowel in de relatie tussen overheid en instellingen, de relatie tussen instellingen en hun omgeving, als in de relaties binnen het eigen bestuur en beheer van de instellingen. Dat is uiteraard nogal wat. Wie de laatste passages naleest, zou licht kunnen denken dat goed bestuur in het onderwijs over alles zou moeten gaan. Dat is niet het geval. Men komt tot een

⁴² *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 29.*

⁴³ *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 3, p. 29.*

⁴⁴ *Vgl. de Nota ‘Governance in het onderwijs’, Kamerstukken II 2004/05, 30 183, nr. 1.*

opsomming van ingrediënten van de nieuwe besturingsfilosofie, aan welke ook in de latere wetsvoorstellen in overwegende mate wordt vastgehouden.

Belangrijke ingrediënten van de nieuwe benadering vormen:

- a. de introductie van algemene wettelijke zorgplichten voor goed bestuur en goed onderwijs;
- b. het voorschrijven van een scheiding tussen bestuur en intern toezicht in elke onderwijsorganisatie;
- c. de institutionalisering van proportioneel inspectietoezicht; en
- d. de stimulering van het schoolpersoneel, en hun bestuurlijke organen, tot heldere communicatie met en verantwoording aan de directe belanghebbers en omgeving (horizontale verantwoording);
- e. de introductie van effectieve en ingrijpende sancties in het geval bepaalde scholen in ernstige mate op bestuurlijk of inhoudelijk vlak tekortschieten; een en ander werd noodzakelijk geacht ter bewaking van de balans in de verhouding tussen overheid en 'veld'.

De discussie over wettelijke zorgplichten reikte aanvankelijk in het onderwijs en daarbuiten tot grote hoogte. Hoewel de inhoudelijke betekenis ervan voor het onderwijs niet kan worden onderschat, is er sinds de komst van het vierde kabinet-Balkenende weinig aandacht meer voor. In de wetsvoorstellen die sindsdien zijn verschenen, vormen de zorgplichten – althans in de beleidsretoriek – geen kwestie van betekenis meer. Omdat er al voldoende aandacht in de literatuur aan dit onderwerp is besteed,⁴⁵ zullen wij hier de zorgplichten buiten beschouwing laten, hoewel we ook niet altijd om hun belang voor 'goed bestuur' heen zullen kunnen.

Wat betreft de elementen b tot en met e, moet worden geconstateerd dat deze in meer en mindere mate in de verschillende wetsvoorstellen over 'goed bestuur' terugkomen. We zullen in deze paragraaf eerst in algemene zin aandacht besteden aan deze wetsvoorstellen. Daarna zoomen we in op de onderwerpen intern toezicht en verantwoording.

⁴⁵ Vgl. C.W. Noorlander, 'Zorgplichten in de Nederlandse onderwijswetgeving. Op zoek naar een evenwichtige sturing van de Nederlandse onderwijssector', *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en –beleid (TORB)*, 2006/07, 15, p. 558-567. Zie ook P.J.J. Zoontjens, 'Zorgplichten in het onderwijs. Ondraaglijke lichtheid of serieus geschut?', *RegelMaat* 2008, 4, p. 111-121.

4.2 Sectorale wetsvoorstellen

Wat betreft goed bestuur, zijn er eind 2009 voor alle sectoren wetsvoorstellen of recent tot stand gekomen wetten aan te wijzen. Het betreft achtereenvolgens:

- voor primair en voortgezet onderwijs, het wetsvoorstel tot *Invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van het intern toezicht*;⁴⁶
- de wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs inzake *Colleges van bestuur en raden van toezicht*⁴⁷ en het wetsvoorstel inzake *Medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs*;⁴⁸
- het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek inzake *Versterking besturing*.⁴⁹

Tot dusverre blijkt uit de verschillende regelingen, dat over de hele linie van het onderwijs de *bijzondere* instellingen kunnen kiezen voor een organieke of functionele scheiding van bestuur en toezicht, of zoals het in vakjargon heet: een ‘one tier’- of ‘two tier’- (eenlagig of tweelagig) model. Deze keuzemogelijkheid was aanvankelijk alleen geregeld voor het primair en voortgezet onderwijs, maar als gevolg van het amendement-Biskop (CDA),⁵⁰ maakt zij ook deel uit van de WEB en de WHW.⁵¹ Hieronder zal nader op een en ander worden ingegaan.

Voor de bekostigde instellingen in de verschillende sectoren zijn ook nieuwe regelingen voor de medezeggenschap verschenen of in aantocht. Voor een goed begrip, medezeggenschap heeft twee kanten. Enerzijds is zij een bestanddeel van de bestuurlijke inrichting van instellingen. Anderzijds is zij van groot belang bij het vormgeven van de (horizontale) verantwoording door de bestuurlijke organen binnen de instellingen. Voor het primair en voortgezet

⁴⁶ *Kamerstukken* 31 828. Begin december 2009 is het wetsvoorstel in de Eerste Kamer gevorderd tot het Eindverslag.

⁴⁷ Wet van 12 maart 2009, Stb. 2009, 151, voorheen *Kamerstukken* 30 599.

⁴⁸ *Kamerstukken* 31 266. Dit wetsvoorstel is eind 2009 gevorderd tot de Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer.

⁴⁹ *Kamerstukken* 31 821. Het wetsvoorstel is eind 2009 gevorderd tot de Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 30 599, nr. 17.

⁵¹ Zie over de laatste: Memorie van Toelichting bij ‘Versterking besturing’, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 821, nr. 3, p. 6.

onderwijs geldt sinds het begin van 2007 de Wet medezeggenschap scholen. Daarin is het principe van ongedeelde medezeggenschap vastgelegd.⁵² In het beroepsonderwijs en de educatie ligt het anders. Na veel getouwtrek is men het erover eens om voor het personeel de Wet op de ondernemingsraden van toepassing te gaan verklaren en voor de deelnemers een deelnemersraad voor te schrijven. Dat betekent dus dat voor deze sector het principe van gedeelde medezeggenschap wettelijk zal worden verankerd.⁵³ Voor het hoger onderwijs ligt het weer anders. Hier zal het al op de universiteiten gangbare systeem om per instelling te kunnen kiezen voor ongedeelde of gedeelde medezeggenschap worden uitgebreid naar de hogescholen. Een en ander betekent dat er kan worden geopteerd voor toepasselijkheid van de Wet op de ondernemingsraden voor het personeel, en de instelling van een apart medezeggenschapsorgaan voor de studenten – die dan voor bepaalde onderwerpen een gezamenlijke vergadering moeten vormen – of voor één medezeggenschapsorgaan, waarin zowel personeel als studenten zijn vertegenwoordigd. Hieronder zal ook nader op medezeggenschap worden ingegaan.

In alle regelingen wordt gestreefd naar versterking van de positie van de direct-belanghebbenden: docenten, ouders, leerlingen, studenten, maatschappelijke omgeving, overheid. Daarmee wordt ongetwijfeld beoogd de voorwaarden voor aanspreekbaarheid van de bestuurlijke organen op hun functioneren te verbeteren, zodat het proces van het afleggen van verantwoording goede kansen krijgt. Er wordt in alle wetsvoorstellen van uitgegaan dat de school of instelling een op initiatief van de eigen branche tot stand gekomen code voor goed bestuur hanteert die bij algemene maatregel van bestuur is of kan zijn aangewezen. In het jaarverslag zal dan steeds gemotiveerd moeten worden aangegeven hoe de school of instelling met die code omgaat.⁵⁴

Voorts worden aan ouders, deelnemers en studenten in de verschillende sectoren meer rechten toegekend. Het verst gaan daarin de voorstellen voor het hoger onderwijs, waarbij het klachtrecht voor studenten wordt geformaliseerd en er een uitgewerkt, gestroomlijnd systeem van rechtsbescherming wordt geboden.⁵⁵ De plannen voor het beroepsonderwijs en de educatie voorzien in de instelling van een deelnemersraad, die bevoegdheden van advies en instemming toekomt. Als ouders daarom verzoeken wordt er ook een ouder-

⁵² Stb. 2006, 658.

⁵³ Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 266, nr. 3, p. 3.

⁵⁴ Zie de voorgestelde nieuwe art. 171 WPO, 157 WEC en 103 WVO, in: *Kamerstukken I* 2009/10, 31 828, A. Zie het nieuwe art. 2.5.4 WEB en het nieuw voorgestelde art. 2.14 WHW, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 821, A.

⁵⁵ P.J.J. Zoontjens (red.), *Tekst & Toelichting WHW*. Amsterdam: Reed Business 2009.

raad ingesteld, die grotendeels bevoegdheden van advies toekomt.⁵⁶ Voor het beroepsonderwijs en de educatie wordt verder het professionele statuut wettelijk vastgelegd. Een nieuw artikel 4.1.3 WEB zal luiden: *‘Met het oog op de voortdurende verbetering van de professionaliteit van het personeel, wordt door of namens de bevoegde gezagsorganen in overeenstemming met vakorganisaties van overheids- en onderwijspersoneel een professioneel statuut vastgesteld.’*⁵⁷ Hierover is in juni 2009 tussen de vakorganisaties en de MBO-Raad een akkoord bereikt.⁵⁸ Ook voor het primair en voortgezet onderwijs gaan de gedachten wellicht uit naar de wettelijke verankering van een professioneel statuut, maar daarvoor zal nog een apart wetsvoorstel worden ingediend.⁵⁹

De verhouding van de instellingen tot de overheid ondergaat vooral in het primair en voortgezet onderwijs zichtbare verandering. Enerzijds wordt het inspectietoezicht op de nieuwe verhoudingen in die sectoren aangepast via een aparte regeling, waarvoor een wetsvoorstel aanhangig is.⁶⁰ Tegelijkertijd wordt het sanctiestelsel verscherpt voor die gevallen dat scholen zeer zwak zijn en blijven, of bestuurlijk wanbeheer plegen.⁶¹ Ook op de aspecten van verantwoording wordt hieronder nader ingegaan.

4.3 Intern toezicht

In alle sectorale onderwijswetten zijn de bevoegdheden opgesomd van de interne toezichthouder. Het blijkt dat, naarmate we hoger opklimmen in de onderwijskolom, de *wettelijke* lijst van taken en bevoegdheden langer is. Men moet dit niet zo interpreteren dat er in het primair en voortgezet onderwijs meer mogelijkheden aanwezig zijn om de vaststelling van taken en bevoegdheden van de interne toezichthouder statutair of reglementair vorm te geven. Het gaat in wezen om afwijkende taken en bevoegdheden die zich nu eenmaal niet in het primair en voortgezet onderwijs voordoen. Hieronder een overzicht:

⁵⁶ Zie voorgestelde nieuwe art. 8a.1.1 tot en met 8a.5.1 WEB, *Kamerstukken I* 2008/09, 31 266, A.

⁵⁷ Zie *Kamerstukken I* 2008/09, 31 266, A.

⁵⁸ Zie <http://www.cnvo.nl/fileadmin/bestanden/ocnv/downloads/statuut18-06-2009.pdf> (inzage 16 december 2009).

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 828, nr. 3, p. 23.

⁶⁰ Wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht en enige andere wetten in verband met de invoering van geïntegreerd toezicht en de gewijzigde rol van de Inspectie van het onderwijs bij het toezichtproces, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 193, nrs. 1-4.

⁶¹ Zie de beoogde art. 164b en 163b WPO en 109a en 103g WVO, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 828, A.

Taken/bevoegdheden interne toezichthouder

Primair onderwijs	Voortgezet onderwijs	Beroepsonderwijs	Hoger onderwijs
Goedkeuring begroting en jaarverslag, strategisch meerjarenplan school	Idem als PO	Idem als PO	Goedkeuring begroting en jaarstukken, instellingsplan
Toezicht op naleven door bestuur van wettelijke voorschriften en branchecode	Idem als PO	Idem als PO	Idem als PO
Toezicht op rechtmatige verwerking en recht- en doelmatige besteding wettelijke middelen school	Idem als PO	Idem als PO	Idem als PO
Aanwijzen accountant die aan toezichthouder verslag uitbrengt	Idem als PO	Idem als PO	Idem als PO
Jaarlijkse verantwoording uitoefening taken en bevoegdheden	Idem als PO	Idem als PO	Idem als PO
Benoemen, schorsen, ontslaan leden bestuur indien RvT is ingesteld	Idem als PO	Benoemen, schorsen, ontslaan leden bestuur	Idem als BVE
X	X	Goedkeuring beheers- en bestuursreglement	Idem als BVE
X	X	X	Toezen op systeem kwaliteitszorg
X	X	X	Goedkeuring gemeenschappelijke regeling

Zoals al opgemerkt kan onderwijsbreed, wat betreft de bijzondere instellingen, worden gekozen tussen functionele of organieke scheiding tussen bestuur en toezicht. Niettemin zijn er verschillen tussen de sectoren. In het primair en voortgezet onderwijs geldt er keuzevrijheid in zowel het openbaar als bijzonder onderwijs. In de sector van het beroepsonderwijs en de educatie, waar overigens alleen bijzondere instellingen voorkomen, geldt er evenzeer keuzevrijheid. In het hoger onderwijs tenslotte, geldt voor de openbare universiteiten de verplichting van een organieke scheiding. Keuzevrijheid geldt er voor de bijzondere universiteiten en de hogescholen.

De scheiding van bestuur en toezicht moet leiden tot de instelling van een interne toezichthouder die onafhankelijk is van het bestuur. Hoe wordt

onafhankelijkheid in de wettelijke formuleringen gewaarborgd? Wat opvalt, is dat er een betrekkelijke verscheidenheid van benaderingen van ‘onafhankelijkheid’ aanwezig is in de verschillende sectoren:

- een lid van de interne toezichthouder functioneert onafhankelijk van het bestuur;⁶²
- taken en bevoegdheden van de toezichthouder zijn zodanig dat er onafhankelijk en deugdelijk toezicht kan worden uitgeoefend;⁶³
- de samenstelling van de toezichthouder is zodanig dat er onafhankelijk en deugdelijk toezicht kan worden uitgeoefend;⁶⁴
- een lid van de toezichthouder heeft geen directe belangen bij de instelling;⁶⁵
- een lid van de toezichthouder heeft zitting op persoonlijke titel en oefent zijn functie uit zonder last of ruggespraak;⁶⁶
- een lid van de toezichthouder kan niet tevens werkzaam zijn bij een ministerie dan wel lid zijn van de Eerste of Tweede Kamer der Staten-Generaal.⁶⁷

Welke mogelijkheden bij organieke of functionele scheiding van bestuur en toezicht aanwezig zijn is een vraag die vooral in de praktijk, aan de hand van het wettelijk kader, zal moeten worden beantwoord. Voor wat betreft het primair en voortgezet onderwijs zijn door de regering voorbeelden genoemd van arrangementen (van functionele scheiding) die kunnen worden getroffen:

‘Als er sprake is van een vereniging en het bevoegd gezag heeft gekozen voor een functionele scheiding tussen bestuurders en toezichthouders, dan is het bijvoorbeeld mogelijk dat de algemene ledenvergadering naast de bestuurders ook de toezichthouders benoemt. Het is ook mogelijk dat de algemene ledenvergadering zelf het toezichthoudend orgaan is. Als er sprake is van een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, dan kan het algemeen bestuur bijvoorbeeld ook de toezichthouder benoemen. Ook is het mogelijk

⁶² Zie art. 17b, tweede lid, WPO (nieuw), art. 24e, tweede lid, WVO.

⁶³ Art. 17c, tweede lid, WPO (nieuw), art. 241, tweede lid, WVO (nieuw), art. 9.1.4, vijfde lid, WEB, art. 9.7, vierde lid, WHW (nieuw), art. 10.3d, vierde lid, WHW (nieuw).

⁶⁴ Art. 9.1.4, vijfde lid, WEB, art. 9.7, vierde lid, WHW (nieuw), art. 10.3d, vierde lid, WHW (nieuw).

⁶⁵ Art. 9.1.4, tweede lid, WEB, art. 9.7, vierde lid, WHW (nieuw), art. 10.3d, vierde lid, WHW (nieuw).

⁶⁶ Art. 9.7, vierde lid, WHW (nieuw), art. 10.3d, vierde lid, WHW (nieuw).

⁶⁷ Art. 9.7, vierde lid, WHW (nieuw).

*om de genoemde bestuurlijke taken te delegeren of te mandateren aan het management, waarbij het bestuur optreedt als toezichthouder.*⁶⁸

4.4 Versterking verantwoording

Een belangrijk facet van de plannen tot versterking van de governance in het onderwijs betreft de aanscherping van de verantwoordingsfunctie en de verantwoordingskracht van het bestuur van de onderwijsinstelling. In de verschillende onderwijsregelingen wordt daartoe een keur aan instrumenten ingezet. Allereerst zijn daar de regelingen inzake medezeggenschap en het interne toezicht, waarop hiervoor al is ingegaan. Verder kan worden gewezen op het jaarverslag,⁶⁹ de branchecode,⁷⁰ bijzondere informatieplichten voor ouders en studenten⁷¹ en voor het primair, voortgezet onderwijs en beroepsonderwijs: de aanpassing van het (verticale) inspectietoezicht op de nieuwe verhoudingen. Het laatste berust op het inzicht dat de mogelijkheden tot versterking van de functie van horizontale verantwoording door instellingen een terughoudend gebruik veronderstelt van verplichtingen (voor die instellingen) tot verticale verantwoording. Anders gezegd: de ontwikkeling van het vermogen van schoolbesturen om zich verantwoordelijk te stellen tegenover de directe omgeving veronderstelt dat zij over datgene waarover zij zich verantwoorden ook iets te zeggen hebben, niet belemmerd worden door regels, acties of maatregelen van de overheid. Omdat dit typisch een onderwijsaangelegenheid is, die sterk speelt op de achtergrond van de verschillende sectorale regelingen en voorstellen inzake goed bestuur, is het van belang hier kort aandacht aan te besteden. Bij een in oktober 2009 ingediend wetsvoorstel tot wijziging van onder meer de Wet op het onderwijstoezicht (WOT)⁷² zal – als alles goed gaat – een nieuw derde lid van artikel 4 WOT worden ingevoegd dat het principe van meer afstandelijk toezicht vastlegt op de volgende wijze:

De intensiteit van het toezicht in het onderwijs, met uitzondering van het hoger onderwijs, is afhankelijk van de kwaliteit van het onderwijs, van de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd, van de mate van naleving van wettelijke voorschriften en, voor zover deze wordt bekostigd uit 's Rijks kas, van de financiële situatie van de instelling.

⁶⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 828, nr. 3, p. 25.

⁶⁹ Art. 171 WPO (nieuw), 103 WVO (nieuw), 2.5.4 WEB en 2.9 WHW (nieuw).

⁷⁰ Art. 171 WPO (nieuw), 103 WVO (nieuw), 2.5.4 WEB en 2.14 WHW (nieuw).

⁷¹ Art. 45a WPO (nieuw) en 23c WVO (nieuw) (informatieplicht van ouders bij inspectieoordeel 'zeer zwakke school'), en art. 7.15 WHW (nieuw) (informatieplicht aan studenten over instelling en onderwijsaanbod).

⁷² Kamerstukken II 2009/10, 32 193, nrs. 1-4.

Hoe dit principe zal uitpakken wordt in het nieuw voorgestelde artikel 12 WOT uiteengezet:

1. *De inspectie gaat bij een onderzoek als bedoeld in artikel 11⁷³ uit van openbare verantwoordingsinformatie over de resultaten en de kwaliteit van het onderwijs, de financiële situatie van de instelling en de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd.*
2. *De informatie, bedoeld in het eerste lid, is richtinggevend voor het oordeel van de inspectie, indien deze voldoende actueel en betrouwbaar is.*

In de Memorie van Toelichting wordt over het principe nog het volgende opgemerkt:

‘Eén van de kernpunten van het toezicht is dat dit niet langer aansluit bij de zelfevaluatie van de instellingen maar gericht is op openbare verantwoordingsinformatie (bijv. schoolgids, jaarverslagen). De inspectie doet per schoollocatie of afdeling jaarlijks een risicoanalyseonderzoek. Dit risicoanalyseonderzoek vindt plaats op basis van databestanden of signalen. Als daaruit vermoedens rijzen dat sprake is van tekortkomingen vindt documentenanalyse of onderzoek bij de instelling plaats. De risicoanalyse is beslissend voor de intensiteit van het toezicht. Op basis van het onderzoek stelt de inspectie een «toezichtarrangement» vast. Het toezichtarrangement is openbaar. Zijn de risico's klein en zijn de eindresultaten op niveau dan krijgt de instelling een zogenaamd basisarrangement en vindt er in dat jaar in beginsel geen verder onderzoek plaats. Dit zorgt voor minder toezichtlasten bij een school. Bij grote risico's (tekortkomingen) zal de inspectie uitvoerig onderzoek doen op de betreffende scholen. Deze scholen krijgen een aangepast arrangement.’⁷⁴

133

5. Maatschappelijke onderneming of eigen arrangementen voor het onderwijs?

Zal de regeling van de maatschappelijke onderneming van belang kunnen zijn voor het onderwijs? Zoals de Onderwijsraad al opmerkte in zijn geciteerde advies, kan het niet zo zijn dat de maatschappelijke onderneming als enige, exclusieve bestuursvorm wordt opgelegd aan de scholen. Krachtens art. 23

⁷³ Dit betreft het reguliere schoolonderzoek.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2009/10, 32 193, nr. 3, p. 7.*

lid 5 Grondwet geldt er voor het bijzonder onderwijs vrijheid van richting en vrijheid van inrichting. Met dit laatste wordt het recht bedoeld, voortvloeiend uit de grondslag (richting) en het privaatrechtelijke karakter van de onderwijsinstelling, om de school naar eigen inzicht in te richten, onder meer wat betreft de opzet en de inhoud van het onderwijs en de bestuurlijke organisatie. De vrijheid van inrichting is, voor zover zij niet rechtstreeks aan de levensbeschouwelijke of godsdienstige grondslag is te relateren, minder sterk dan de vrijheid van richting.⁷⁵ Maar het is zeer de vraag, en daarin kan de Onderwijsraad goed worden gevolgd, of de vrijheid van inrichting zodanig mag worden beperkt dat slechts de keuze voor één bepaalde bestuursvorm overblijft. Daarvoor is geen redelijk belang of argument aan te voeren.⁷⁶ Er zijn ook zakelijke motieven om een zekere vrijheid van organisatie aan te nemen. Zo wordt er door veel ‘eenpitters’ – schoolbesturen met slechts één school onder zich, die we vooral aantreffen in het protestants-christelijk primair of voortgezet onderwijs – niet ten onrechte op gewezen dat in hun constellatie de aanwezigheid van een bestuur en een Raad van Toezicht wel erg veel van het goede is. Uiteraard geldt dit argument ook voor de kleine schoolbesturen in het openbaar onderwijs.

De aanwezigheid van de variant van de maatschappelijke onderneming kan wel het keuzemenu en het houvast van schoolbesturen vergroten. De opvatting van de Onderwijsraad dat de maatschappelijke onderneming voor het onderwijs niet nodig zou zijn, nu zij vooral bedoeld is om het ondemocratische karakter van de stichting te compenseren, wat reeds wordt ondervangen door de WMS – en andere medezeggenschapsregelingen in het onderwijs voegen wij daaraan toe – is onzes inziens te kort door de bocht. Ook de opvatting van de Onderwijsraad dat de maatschappelijke onderneming tot bestuurlijke drukte zal leiden, vanwege de sterke formalisering van ‘posities’ hoeft niet in alle situaties negatief uit te pakken. Afhankelijk van de schaalgrootte is meer of minder formalisering nu eenmaal geboden. De maatschappelijke onderneming kan voor hele grote schoolbesturen een goed kader zijn. Daarnaast kan er richting van uitgaan tot eigen invulling van de bestuurlijke verhoudingen binnen de stichting of vereniging die bijzonder en/of openbaar onderwijs aanbiedt. Zeker schoolbesturen/rechtspersonen in het primair en voortge-

75 Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*. Den Haag: Onderwijsraad 2002, p. 26 e.v.

76 Net zo min overigens, zoals de Onderwijsraad in zijn commentaar doet, om een grote variëteit aan bestuursvormen te propageren. Variëteit is op zichzelf geen doel, wel keuzevrijheid.

zet onderwijs, die nu weinig ‘coaching’ en begeleiding vanuit de onderwijs-wetgever krijgen wat betreft de wenselijke bestuurlijke organisatie en die een organieke scheiding van bestuur en toezicht voorstaan, kunnen met de relatief uitgebreide, toekomstige regeling van het Burgerlijk Wetboek hun voordeel doen. Uiteraard zal ook de keuzemogelijkheid in het beroepsonderwijs en het (bijzonder) hoger onderwijs vrij zijn.

Een statutaire regeling met betrekking tot de uitgifte van winstbewijzen ligt in het onderwijs niet voor de hand. Immers, bij de keuze van de bestuurlijke rechtsvorm van onderwijsinstellingen stelt de wetgever de eis dat deze niet gericht mag zijn op het maken van winst.⁷⁷

De rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming kan van groot belang zijn voor die situaties, waarin de onderwijswetgeving de bestuurlijke vormgeving geheel vrijlaat, doordat er niets is geregeld, dan wel hetgeen is geregeld tekortschiet voor de feitelijke gang van zaken.

Van de eerste situatie is sprake bij bepaalde samenwerkingsverbanden, waarvan de onderwijswetten er steeds meer kent. Denk aan het samenwerkingsverband, ingevolge art. 8.1 WHW, tussen hogescholen en universiteiten of het samenwerkingsverband in het primair en voortgezet onderwijs op het terrein van zorg, zoals bedoeld in art. 18 WPO of art. 10h WVO. Omdat de structuur van de maatschappelijke onderneming zeer wel aansluit bij principes en cultuur van governance die in de sectorale onderwijswetten zijn geregeld, en de Onderwijswet niets over het bestuur van deze samenwerkingsverbanden heeft bepaald, kan het Burgerlijk Wetboek straks een welkom kader bieden.

Van de tweede situatie – de Onderwijswet heeft niet afdoende geregeld – is dan sprake als scholen gaan samenwerken met andere instellingen en opgaan in één bestuurlijk verband. Dit is vaak het geval bij de organisatie van brede scholen, waarvan er momenteel, wat betreft het primair onderwijs, al meer dan 1.000 zijn en waarbij nog voor het eind van deze kabinetsperiode wordt gestreefd naar een aantal van 1.600. In veel brede scholen is er institutionele samenwerking op gang gebracht tussen basisscholen en centra voor voor- of buitenschoolse opvang (kinderopvang, peuterspeelzalen). Vaak is dat gepaard gegaan met het onderbrengen van de school en deze andere organisaties in één bestuurlijk verband. Het is duidelijk dat dan de onderwijssectorale regeling van governance niet voldoet, terwijl al het personeel in dienst is van het overkoepelend verband en de ouders, die hun kinderen inschrijven voor

77 Zie bijvoorbeeld artikelen 55 WPO, 49 WVO, 9.1.1 WEB en 9.51 WHW.

bijvoorbeeld kinderopvang in de brede school, in redelijkheid mogen verwachten dat hun kinderen later automatisch instromen in de school.⁷⁸

Een belangrijk aspect betreft ten slotte de afstemming tussen de in de maatschappelijke onderneming voorgeschreven belanghebbendenvertegenwoordiging en de reeds in het onderwijs wettelijk voorgeschreven medezeggenschapsregelingen in WMS, WOR, WEB en WHW. De belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming dient representatief te zijn voor de bij de onderneming betrokken belanghebbenden. De statuten van de rechtspersoon of de gedragscode, waaraan de rechtspersoon zich committeert, moeten bepalen wie dit zijn. Dat staat dus niet bij voorbaat vast. Als betrokkenen menen dat zij ten onrechte niet zijn aangemerkt als belanghebbende kunnen zij voor statutenwijziging ijveren tot aan de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

In het geval een school wordt bestuurd door een maatschappelijke onderneming zal straks het Burgerlijk Wetboek de verhouding regelen tussen de belanghebbendenvertegenwoordiging en de binnen het onderwijs bestaande medezeggenschapsstructuren. De bepalingen over de belanghebbendenvertegenwoordiging laten, zoals de ontwerperegeling thans zegt, de bevoegdheden van de bij de Onderwijswet geregelde medezeggenschapsraden onverlet. Toch kunnen de bestaande raden daarbij te maken krijgen met nieuwe groepen van belanghebbenden, die thans niet zijn meegenomen maar zich wel als zodanig opwerpen. Denk aan de verzorgers van kinderen die geen ouderlijk gezag over hen uitoefenen, zoals de grootouders en veel gescheiden vaders. Denk aan de omwonenden van een school. Veel hangt af van het daadwerkelijk activisme van nieuwe groepen die zich als belanghebbenden opwerpen, maar het is nu niet bij voorbaat uit te sluiten dat onder invloed van de regeling van de maatschappelijke onderneming bestaande medezeggenschapsregelingen in het onderwijs kunnen worden opengegoid. De tijd zal het leren.

6. Afronding en conclusies

Sinds het begin van de jaren negentig wordt er in toenemende mate voor gepleit om organisaties binnen het maatschappelijk middenveld – gezondheidszorg, huisvesting en onderwijs – te benaderen als een maatschappelijke

⁷⁸ Zie P.J.J. Zoontjens, 'Thuis op school. Over kinderopvang en school, en de verhouding tussen opvoeding en onderwijs', in: J.J.M. van de Ven (red.), *Onderwijs, opvoeding en opvang*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht 2006. Den Haag 2007, p. 9-50.

onderneming. Niet altijd werd echter duidelijk wat met deze term nu precies werd bedoeld. Helder is inmiddels wel dat men er meestal van uitgaat dat diverse eigenschappen van governance ook aan de orde dienen te zijn bij de maatschappelijke onderneming. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot een wetsontwerp waarin het voorstel wordt gedaan om deze figuur als nieuwe rechtsvorm in het Burgerlijk Wetboek te introduceren. Per sector van het maatschappelijk middenveld moet worden nagegaan welke (meer)waarde deze figuur precies heeft. In deze bijdrage is vanuit juridische optiek ingegaan op de betekenis van de maatschappelijke onderneming voor het onderwijs.

Geconstateerd kan worden dat er over de hele linie van het onderwijs nieuwe governance-opvattingen door de wetgeving worden geïntroduceerd. Deze principes lopen op belangrijke terreinen parallel met de ideeën over de maatschappelijke onderneming: scheiding van bestuur en intern toezicht, versterking van het instrumentarium tot horizontale verantwoording en het voorschrijven van medezeggenschapsstructuren voor belanghebbenden. Veel van wat de regeling van de maatschappelijke onderneming belooft te bieden wordt dus al in het onderwijs gerealiseerd. Hoewel de onderwijsmaatregelen per sector belangrijke verschillen laten zien, zou reeds om deze reden de behoefte aan een algemene regeling van de maatschappelijke onderneming beperkt kunnen zijn in het onderwijs. Daarbij geldt, dat het zeker geen aanbeveling verdient om eventueel in de toekomst alsnog de maatschappelijke onderneming als enige, exclusieve bestuursvorm op te leggen aan de scholen. Dat rechtspersonen die scholen in stand houden keuzevrijheid moeten hebben bij de daadwerkelijke inrichting en organisatie van het (interne) bestuur is een belangrijk constitutioneel gegeven en klinkt – anders dan bij de voor het Burgerlijk Wetboek beoogde regeling – ook door in de aanpak die de onderwijswetgever heeft gekozen. Men kan van daaruit zeer betwijfelen of de inrichting zodanig mag worden beperkt dat slechts de keuze voor één bepaalde bestuursvorm overblijft. Hiervoor is geen redelijk belang of argument aan te voeren. Er zijn ook zakelijke motieven om een zekere vrijheid van organisatie aan te nemen. Ten aanzien van ‘eenpitters’ kan erop worden gewezen dat in hun constellatie de aanwezigheid van een bestuur en een Raad van Toezicht wel erg veel van het goede is. Dit argument geldt ook voor de kleine schoolbesturen in het openbaar onderwijs.

De aanwezigheid van de variant van de maatschappelijke onderneming kan wel het keuzemenu en het houvast van schoolbesturen vergroten. De opvatting van de Onderwijsraad dat de maatschappelijke onderneming tot bestuurlijke

drukke zal leiden vanwege de sterke formalisering van 'posities', hoeft niet in alle situaties negatief uit te pakken. Afhankelijk van de schaalgrootte is meer of minder formalisering nu eenmaal geboden. De maatschappelijke onderneming kan voor hele grote schoolbesturen een goed kader zijn. Daarnaast kan er richting van uitgaan tot eigen invulling van de bestuurlijke verhoudingen binnen de stichting of vereniging die bijzonder en/of openbaar onderwijs aanbiedt. Zeker schoolbesturen/rechtspersonen in het primair en voortgezet onderwijs, die nu weinig 'coaching' en begeleiding vanuit de onderwijswetgever krijgen wat betreft de wenselijke bestuurlijke organisatie en die een organieke scheiding van bestuur en toezicht voorstaan, kunnen met de relatief uitgebreide, toekomstige regeling van het Burgerlijk Wetboek hun voordeel doen.

De rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming kan van groot belang zijn voor die situaties, waarin de onderwijswetgeving de bestuurlijke vormgeving geheel vrijlaat, dan wel doordat datgene wat is geregeld tekortschiet voor de feitelijke gang van zaken, zoals voor wat betreft het eerste bij bepaalde samenwerkingsverbanden en voor wat betreft het tweede bij de organisatie van brede scholen.